

Tilburg University

Zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsverzekeringen

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Het Verzekerings-archief

Publication date:
2009

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2009). Zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsverzekeringen. *Het Verzekerings-archief*, 2009(3), 101-110.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Eric Tjong Tjin Tai
Universitair hoofddocent privaatrecht
Universiteit van Tilburg

1. Inleiding

Voor wie zich in een bepaald deelterrein van het recht heeft bekwaamd zijn andere rechtsgebieden als vreemde streken waar de *natives* het beste in thuis zijn, en waar een vreemdeling maar al te snel verdwaalt of ernstige misstappen begaat, onbekend zijnde met de lokale gebruiken en regels. Het is dan ook met enige schroom dat ik, daartoe uitgenodigd, mij als eenvoudig civilist in het land der verzekeringsrechtspecialisten begeef. Ik pretendeer geen betere kennis over het verzekeringsrecht te hebben, maar zal mij slechts opstellen als algemeen civilist die zich gesteld ziet voor de vraag, die in de titel verscholen zit. De titel van mijn betoog geeft aanleiding tot twee voorvragen: wat zijn zorgplichten? en: wat zijn beleggingsverzekeringen? Ik zal mij hierbij concentreren op het privaatrecht, en slechts zijdelings ingaan op bestuursrechtelijke zorgplichten.¹

2. Wat zijn zorgplichten?²

Zorgplichten zijn plichten die zijn gericht op de bevordering of bewaring van bepaalde belangen. Dit klinkt als een open deur, en misschien is het ook wel evident. Is ieder handelen immers niet gericht op bevordering van bepaalde belangen?

We moeten daarbij echter onderscheiden tussen wat ik noem indirecte en directe zorgplichten. In heel veel gevallen in het dagelijks leven hoeven wij ons niet heel veel aan te trekken van de werkelijke belangen van anderen. Wij doen slechts wat ons is opgedragen en passen op dat wij anderen niet onrechtmatig benadelen. In een winkel koop je een klopboormachine: er wordt niet nader gevraagd waar dat voor nodig is en of die aankoop wel het beste in je belang voorziet. Het belang is dus slechts achterliggend, indirect aanwezig. De leverancier hoeft niet verder te gaan dan zijn leverantie goed uit te voeren, de rest gaat hem niet aan. Zijn zorgplicht is niet meer dan een nevenplicht bij die uitvoering.³

Bij bepaalde andere verhoudingen ligt dat anders. Een arts moet bekijken wat werkelijk in het belang is van de gezondheid van zijn patiënt: hij kan zich niet ertoe beperken een behandeling uit te voeren die de patiënt verzoekt. Als de patiënt vraagt om een bepaalde operatie of injectie, zal de arts moeten beoordelen of dit werkelijk passend is, of deze in het belang van de patiënt is.

¹ Daarover bv. Chr.H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', AV&S 2009, p. 74-92, ook T.F.E. Tjong Tjin Tai en M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van verzekeraars bij beleggingsproducten', AV&S 2009/4, p. 163-172.

² Zie hierover nader T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA) 2007.

³ Vgl. art. 6:27 BW.

Het verschil is dus dat bij een indirecte zorgplicht de zorg is gericht op het verzoek van de wederpartij (die zelf ervoor zorgdraagt dat dit verzoek zijn belang goed dient), terwijl bij een directe zorgplicht de zorg is gericht op het belang van de wederpartij los van het concrete verzoek. De relatie is dan gericht op belangenbehartiging.

Zulke directe zorgplichten zijn in het klassieke verbintenissenrecht onderbelicht en lijken zelf relatief zeldzaam te zijn. Toch is dat niet helemaal het geval. De werkelijke belangen zijn bijvoorbeeld wel aan de orde als het gaat om mogelijke dwaling. Dit is logisch: het onderscheid tussen indirecte en directe zorgplichten draait om het verzoek, juridisch gezien, de overeengekomen prestatie. De schuldeiser kan echter alleen op zijn keuze (waarin hij zelf kiest hoe hij zijn belangen wil hebben bevorderd) worden vastgelegd als zijn wil voor die keuze ook correct tot stand is gekomen. En daarin kunnen die belangen dus wel een, zij het beperkte, rol spelen. Bij het leerstuk van dwaling zijn we dan ook gewend aan discussies over precontractuele mededelings- en informatieplichten, plichten die ook bij de uitvoering van zorgplichten een belangrijke rol spelen.

3. Zorgplichten bij traditionele verzekeringen

Bij verzekeringen zijn directe zorgplichten nog minder snel aan de orde.⁴ De verzekeringsovereenkomst vergt van oudsher niet meer dan dat de verzekeraar toezegt een uitkering te doen indien een bepaalde onzekere gebeurtenis zich voordoet (vgl. art. 7:925 BW). Daarin besloten ligt de nevenverplichting dat de verzekeraar voldoende financiële middelen moet behouden om aan die hoofdverplichting tot uitkering te kunnen voldoen. Het is vooral met het oog op die verplichting dat het toezicht op verzekeraars in het verleden is vormgegeven. De verzekeringnemer kan immers niet rechtstreeks deze nevenverplichting afdwingen of zelfs maar controleren. De verplichting tot het doen van uitkering is een concrete verplichting, die voor de verzekeraar op zichzelf geen aanleiding geeft om verder onderzoek te doen naar de belangen van de verzekeringnemer. Het belang van de verzekeringnemer is de dekking van een risico, en deze dekking is expliciet neergelegd in de polis.⁵ De verzekeraar behoeft, kortom, hooguit middellijke zorg te tonen.⁶

Toch is dit beeld niet geheel juist. Een bijzonder aspect van de verhouding van de verzekeraar tot de verzekeringnemer is gelegen in het feit dat een verzekering betrekking heeft op een groot financieel belang van de verzekeringnemer dat hij

⁴ Zie over dit alles nader T.F.E. Tjong Tjin Tai en M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van verzekeraars bij beleggingsproducten', AV&S 2009/4, p. 163-172.

⁵ De bemiddeling van de dekking valt ook thans niet onder het bereik van de Wft, zie art. 1:21 Wft.

⁶ Dit werd versterkt doordat de assurantietussenpersoon werd geacht de verzekeringnemer adequaat te informeren. Op deze tussenpersoon rustten dezelfde zorgplichten als op andere opdrachtnemers rusten, namelijk de verplichting als een redelijk bekwaam en redelijk deskundig opdrachtnemer te handelen. Zie voor de ontwikkeling van deze norm Tjong Tjin Tai, diss., p. 176 e.v., voor de assurantietussenpersoon p. 187 en HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375 (Brals/Octant). Verder over de zorgplichten die op de assurantietussenpersoon rusten: Feunekes, NTHR 2007/4, p. 164-167, C. De Jong, 'De verzekeringstussenpersoon nader beschouwd', NTHR 2008/2, p. 45-54, J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening', AV&S 2005, p. 117-131 en dzz., VA 2009, p. 3-27.

alleen door middel van de verzekering kan dekken. Hij is na een schadeval afhankelijk van de uitkering door de verzekeraar. Omgekeerd is de verzekeraar afhankelijk van de medewerking van de verzekeringsnemer bij het correct inschatten en beheersen van de risico's. Deze afhankelijkheid heeft in het verleden aanleiding gegeven tot de kwalificatie van zulke overeenkomsten als *contractus uberrimae fides*.⁷ Ofschoon er discussie bestaat over wat dit precies moet betekenen, komt dit in hoofdzaak neer op een verscherping van de (wederzijdse) ongeschreven verplichtingen. Naar Nederlands recht zal dit berusten op de redelijkheid en billijkheid. Een verzekeringnemer kan op deze grond verplicht zijn tot mededelingen (bijvoorbeeld het correct invullen van de gezondheidsverklaring) op straffe van gedeeltelijk verval van uitkering, ook al bevat het contract geen daartoe strekkend beding.⁸ Anderzijds kan een verzekeraar hierom niet zomaar na een schadeval de verzekeringsovereenkomst ontbinden wegens wanprestatie.⁹ Het is tegenwoordig algemeen aanvaard dat ook in een verzekeringsovereenkomst de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn.¹⁰ Uit deze eisen vloeit vanzelf voort dat partijen in hun handelen mede rekening moeten houden met de belangen van de wederpartij, oftewel een zekere zorg voor deze belangen moeten tonen. Maar zoals gezegd geeft de verzekeringsovereenkomst zelf niet meteen aanleiding tot meer dan middellijke zorg.¹¹

Wel heeft de verhoogde afhankelijkheid aanleiding gegeven tot een lange reeks jurisprudentie waarin verzekeraars aan relatief strenge normen worden gehouden wat betreft hun gedrag ten aanzien van de verzekeringsnemer in het kader van de overeenkomst. De verzekeraar moet zich inspannen om correcte informatie te verkrijgen,¹² en mag niet altijd de zwaarste sanctie opleggen. Zo is het niet toegestaan

⁷ M.M. Mendel, 'Verscherpte eisen van redelijkheid en billijkheid (*uberrimae fides* bij de verzekeringsovereenkomst)', in: *Verzekering en maatschappij*, red. Hartlief en Mendel, Kluwer: Deventer 2000, pp. 45-55, Berger-Bos, *Verzekeringen van vriendschap*, Dorhout-Mees bundel 1974, p. 109-117, R. Feunekes, *Risicoverzwaren bij schadeverzekeringen*, diss. Nijmegen, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2001, p. 69. Het traditionale gezichtspunt is te vinden in Engeland waar *uberrimae fides* vooral dient ter rechtvaardiging van strenge vervalbedingen wanneer de verzekeringnemer zijn verplichtingen niet volledig nakomt; in de Nederlandse literatuur wordt daarentegen de nadruk gelegd op verplichtingen van de *verzekeraar* om redelijk te handelen.

⁸ HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493 m.nt. PvS (RVS/Van Scharenburg)

⁹ HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 m.nt. HB (Benzol).

¹⁰ HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), rov. 4.7, Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 14 en 114. P. Abas, NTHR 2006, p. 125-129, wijst op eerdere verwerping van dat standpunt.

¹¹ Eerder (Tjong Tjin Tai, diss., p. 175) heb ik al verdedigd dat op verzekeraars ook zwaarwegende zorgplichten zouden moeten rusten. Deze zouden bijvoorbeeld daartoe moeten strekken dat zij actief proberen vergissingen en nadelige keuzes en effecten bij verzekeringsnemers te voorkomen, zoals een inadequate dekking.

¹² Aldus de rechtspraak, met veel details, waaruit blijkt dat de verzekeraar tamelijk specifieke vragen moet stellen om zich te kunnen beroepen op verzwijging, o.a. HR 3 november 1978, NJ 1980, 500 m.nt. BW (RVS/Appeldoorn), HR 18 december 1981, NJ 1982, 570 m.nt. BW (Gielen q.q./Magna Insurance), HR 16 mei 1986, NJ 1986, 639 (Van der Valk/WUH), HR 20 december 1996, NJ 1997, 638 (Aegon/BMA).

de verzekering te ontbinden¹³ of een beroep te doen op dwaling ingeval van schending van een mededelingsplicht.¹⁴ Verder mag schending van een mededelingsplicht tegenwoordig niet zomaar met algeheel verval van het recht op uitkering worden bestraft. In plaats daarvan geldt in veel gevallen een proportionele regeling.¹⁵ Geschillen hebben traditioneel vooral betrekking op de vraag of de uitkering terecht is onthouden, of de verzekeringnemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan en of op het niet voldoen aan verplichtingen een sanctie kan worden gesteld, en zo ja, welke. Het toezicht op dit gedrag geschiedde van oudsher voornamelijk in een door de verzekeringnemer aanhangig gemaakt geschil bij de rechter dan wel bij de Raad van Toezicht op het Verzekeringsbedrijf (thans het Kifid).¹⁶ Tegenwoordig gaan geschillen vaker over kosten en informatievoorziening.

Het gedrag van de verzekeraar werd dus vroeger vooral getoetst op het punt van de afwikkeling van de verzekeringsovereenkomst, niet ten aanzien van de inhoud of wijze van totstandkoming. Deze beperking is verklaarbaar. Informatieplichten voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst worden civielrechtelijk doorgaans benaderd met het leerstuk der wilsgebreken. Een deel van de zorgplichten die thans in de Wft staan worden derhalve opgeslokt door het leerstuk van de dwaling.

Dat is echter niet in alle gevallen zo. Als immers een partij haar contractuele toezegging niet waarmaakt, kan ook worden geageerd op grond van wanprestatie. Het voordeel van een actie uit wanprestatie is dat het positief contractsbelang kan worden gevorderd. Een actie uit dwaling heeft voornamelijk zin als de transactie ongedaan moet worden gemaakt, zoals bij de levering van een gebrekkige zaak. Bij dienstverlening zijn de zaken meestal niet meer terug te draaien, daarom zal bij de traditionele verzekeringen de verzekeringnemer geen beroep doen op dwaling: hij wil uitkering, geen teruggave van de premies.¹⁷ Daarvoor is schadevergoeding de aangewezen weg. De grondslag om dit te bereiken is dan niet dat als gevolg van ontbrekende informatie de instemming met de overeenkomst op onjuiste grond is gegeven, maar dat vanwege de ontbrekende informatie de cliënt iets mocht

¹³ HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 m.nt. HB (Benzol).

¹⁴ Art. 7:931 BW, zie Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 151.

¹⁵ Art. 7:928-930 BW ten aanzien van onjuiste of ontbrekende mededelingen bij het aangaan van de overeenkomst. Zie ook HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt. MMM (Royal & Sun Alliance) ten aanzien van tardieve mededeling van een schadeval. Over proportionaliteit en vervalbedingen gaat uitgebreider T.F.E. Tjong Tjin Tai, Preadvies VBR 2008.

¹⁶ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 110-114.

¹⁷ Ingeval van vernietiging zou de verzekeringnemer, indien het schadeval zich al gerealiseerd zou hebben, immers weliswaar de verzekeringspremies terugkrijgen maar niet vergoeding van het schadeval ontvangen, wat nu juist is wat hij wil. Dit grote belang van de verzekeringnemer bij het voortbestaan van de verzekeringsovereenkomst was voor de Hoge Raad reden om te weigeren om ontbinding (destijds nog met terugwerkende kracht!) toe te staan indien de verzekeringnemer bedrog bij de afwikkeling van de claim had gepleegd, zie HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 (Benzol), vgl. ook ten aanzien van het niet zonder meer toestaan van een beroep op nietigheid HR 6 november 1992, NJ 1994, 150 (Van Spanje/Groep Josi).

verwachten dat later niet is waargemaakt. De Hoge Raad heeft bij gelegenheid de deur opengezet voor een actie uit wanprestatie.¹⁸

In de meeste in de jurisprudentie voorkomende geschillen gaat het echter niet om tekortschieten ten aanzien van een informatieverplichting maar om de uitleg van de polis en het daarin omschreven verzekerd belang. Daarbij wordt veel gewicht toegekend aan de tekst van de polis.¹⁹ Dat de belangen van de verzekeringnemer breder waren dan in de polis omschreven, lijkt hier niet aan af te doen. Deze rechtspraak vindt deels verklaring in de bijzondere positie van de polis als bewijs van de overeenkomst.²⁰ Daarnaast is een verklaring te vinden in de positie van de assurantietussenpersoon die geacht wordt ten behoeve van de verzekeringnemer te waken voor onjuistheden in de polis.²¹ De verzekeraar hoeft daarom niet te zorgen dat de polis het belang van de verzekeringnemer adequaat dekt; vergissingen in de polis komen voor rekening van de assurantietussenpersoon en daardoor voor de verzekeringnemer, die deze tussenpersoon heeft ingeschakeld.²² De verzekeraar heeft in een dergelijke constellatie geen verplichtingen ten aanzien van de wilsvorming van de verzekeringnemer met betrekking van zijn werkelijke belangen.²³

De hierboven besproken verplichtingen zijn in wezen zorgplichten, al zijn zij tot op heden niet als zodanig benoemd of onderkend. Een beschrijving van de zorgplichten die op verzekeraars rusten komt grotendeels neer op een omduiding of herbenoeming van de reeds uit de literatuur bekende normen, zoals de verplichting om bij de afwikkeling van de polis rekening te houden met de belangen van de verzekeringnemer.²⁴ De zwaarte van deze zorgplichten is in veel gevallen verminderd doordat de last van de verzekeraar werd afgenomen en op de verzekerings-tussenpersoon gelegd.

Kortom: een verzekering dient om een uitkering te krijgen indien zich een bepaald voorval voordoet; daartegenover staat de betaling van premies. Een beroep op dwaling bij verzekeringen heeft doorgaans geen zin aangezien dat slechts leidt tot

¹⁸ HR 8 juli 1982, NJ 1983, 456 m.nt. BW (Guliker/Ago II) en HR 3 februari 1989, NJ 1990, 476 (OHRA/Golio).

¹⁹ Bv. HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284 (Chubb/Dagenstaed), HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326 (Winterthur/Jansen). Omdat nochtans de Haviltex-formule geldt, kan er ook een klantvriendelijker uitleg worden bereikt, zie bv. HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 117 (Delta Lloyd/Hartholt). Uitvoerig hierover Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 260 en M.J. Tolman, 'De uitleg van de dekking onder de polis', AV&S 2008, p. 64-73. De arresten Guliker/Ago II en OHRA/Golio geven een nuancering hierop, die evenwel praktisch niet schijnt te worden toegepast.

²⁰ Hierover Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 137 e.v.

²¹ Hij dient als bemiddelaar immers de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen, art. 7:401 BW en zie Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 48.

²² Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 54 en 260, met enige nuances, zie ook J.H. Wansink, VA 2009, p. 3-27. J.G.C. Kamphuisen, 'Assurantiebemiddeling', Preadvies VvV 2002 geeft een heldere historische beschrijving waaruit blijkt dat Nederland uniek is door de grote rol van tussenpersonen. Hij betoogt dat dit heeft geleid tot lagere kosten.

²³ Indien de verzekeraar fouten heeft gemaakt bij het opmaken van de polis zou dit wellicht tot aansprakelijkheid of andere gevolgen kunnen leiden, maar dat heeft geen betrekking op wilsvorming doch op de inhoud van de overeenkomst.

²⁴ Deze bestaande verplichtingen zijn hierboven kort besproken, zie verder bv. Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nrs. 231-235.

vernietiging van de overeenkomst en terugbetaling van premies, niet tot de uitkering die eigenlijk gewenst was. De inhoud van de verzekering leidt evenmin tot directe zorgplichten. De verzekering wordt van oudsher zeer strikt uitgelegd en uitgevoerd: de polis is leidend voor de inhoud van de verplichtingen van de verzekeraar (vgl. art. 7:932 BW).²⁵ De primaire verplichting van de verzekeraar strekt niet tot meer dan het doen van een uitkering van de overeengekomen hoogte in de overeengekomen omstandigheden. (daarnaast nog wel enige nevenverplichtingen bij uitvoering, bijstand, informatie etc.: daar wel enige zorgplichten aanvaard). Of die uitkering het belang van de verzekeringnemer werkelijk voldoende dekt, gaat hem niet aan. Op de verzekeraar rust slechts een *indirecte* zorgplicht om zeker te stellen dat hij te zijner tijd aan alle uitkeringsverplichtingen kan doen: hij dient daarvoor de premiebetalingen op voldoende zorgvuldige wijze te investeren, over te gaan tot herv verzekering e.d. De nakoming van deze indirecte zorgplichten wordt gecontroleerd door overheidstoezicht.²⁶

4. Wat zijn beleggingsverzekeringen?

Vastgesteld hebbende dat gewone verzekeringen nauwelijks zorgplichten kennen, lijkt het alsof wij hier zouden kunnen ophouden: dan zijn er immers ook geen zorgplichten bij beleggingsverzekeringen. Dat veronderstelt evenwel dat beleggingsverzekeringen verzekeringen zijn. Nu heeft de wetgever dat inderdaad aangenomen: de Nota van Wijziging bij het nieuw verzekeringsrecht noemt vrij terloops beleggingsverzekeringen.²⁷ Toch is er reden voor om iets nauwkeuriger te kijken naar de plaats van beleggingsverzekeringen in het verzekeringsrecht.

De eerste vraag is dan: wat is een verzekering? Het antwoord geeft art. 7:925 BW.²⁸ Ik hoef dat in dit gezelschap niet te citeren. Het gaat om premiebetaling tegen het recht op uitkering ingeval een een onzeker voorval. De verzekeraar neemt de verplichting op zich om bij verwezenlijking van een onzeker voorval een bepaalde som gelds uit te keren (de verzekeringspenningen), en ontvangt als tegenprestatie periodiek een verzekeringspremie.²⁹ De premisse van het verzekeringsbedrijf is dat de opbrengsten van alle ontvangen premies toereikend zijn om alle uit te keren verzekeringspenningen te voldoen. Daarbij wordt uitgegaan van statistische gegevens over de te verwachten schade of levensverwachting. De premies moeten daarnaast

²⁵ Vgl. vroeger de uitvoerige regeling in art. 255-258 (oud) WvK.

²⁶ Thans op basis van de Wft. Zie nader G.R. Boshuizen, Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht, diss. Utrecht 2001, G.R. Boshuizen en B.H. Jager, Verzekerd van toezicht, Kluwer: Deventer 2008, Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 58-109.

²⁷ TK 1999–2000, 19 529, nr. 5, p. 50-52.

²⁸ “Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.”

²⁹ Art. 7:925 BW, zie Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 18-29. De premie kan overigens ook op andere wijze dan door periodieke betaling worden voldaan, bijvoorbeeld door betaling van een bedrag ineens (lump sum).

zorgvuldig worden belegd of bewaard opdat onder alle of nagenoeg alle omstandigheden aan de aanspraken wordt voldaan.³⁰

De wet staat slechts twee varianten toe: schadeverzekering en sommenverzekering. Een beleggingsuitkering is zeker niet een schadeverzekering; ik zal daar dan ook geen aandacht aan besteden. Als het iets is, is het een sommenverzekering. Wat is een sommenverzekering? Artikel 7:964 BW zegt: “Sommenverzekering is de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Zij is slechts toegelaten bij persoonsverzekering en bij verzekeringen welke daartoe bij algemene maatregel van bestuur, zonodig binnen daarbij vast te stellen grenzen, zijn aangewezen.” Het genoemde AmvB is nooit verschenen.³¹ Daaruit volgt dat een sommenverzekering altijd een persoonsverzekering is. Bij een persoonsverzekering geldt als eis dat deze “het leven of de gezondheid van een mens betreft”.³²

Nu lijkt het voor de leek alsof een beleggingsverzekering geen persoonsverzekering kan zijn. Het gaat immers duidelijk niet om de gezondheid: de verzekering keert uit ongeacht de gezondheidstoestand. Ook keert de beleggingsverzekering uit bij leven. Men zou dus kunnen denken dat het geen levensverzekering is. Die gedachte is echter onjuist. Men neemt algemeen aan dat er ook sprake is van een levensverzekering als de verzekering mede uitkeert wanneer de verzekerde op een bepaalde datum nog in leven is. Het vereiste risico-element zit erin dat de verzekering eerder uitkeert indien de persoon eerder overlijdt.³³ Daarnaast kan de levensverzekering gericht zijn op het risico van lang leven (in zoverre dus ook het ‘leven’ betreffen) en dus (alleen) bij het bereiken van een zekere leeftijd uitkeren.³⁴ Indien deze beide mogelijkheden zijn gecombineerd zal de verzekering in ieder geval tot een uitkering leiden, en is die in zoverre niet aan een risico onderhevig. Men spreekt dan van een verzekering die ‘stellig’ uitkeert (vgl. art. 7:978 lid 1 BW).³⁵ In zo’n geval bestaat de verzekering uit zowel een risico-element als een spaar-element.³⁶

Dat spaarelement kan vervolgens op verschillende wijzen worden vormgegeven, in het bijzonder naar de wijze waarop de uiteindelijke uitkering wordt gedaan.³⁷ Traditioneel denkt men als eerste aan een uitkering in de vorm van een vastgesteld kapitaal, op te bouwen uit de gespaarde premieën. Bekend zijn daarnaast de periodieke uitkeringen in de vorm van rente: de lijfrentepolis (art. 7:990 BW). Een lijfrente is evenwel een afzonderlijk type overeenkomst, waar een aparte titel voor geschreven is (titel 7.18 BW). De verzekeringstitel is daarnaast cumulatief van

³⁰ Men kan ook een ander systeem kiezen, zoals verdeling van de verplichting over *underwriters* die allen verplicht zijn hun deel in de aanspraken bij te dragen. De hoofdverzekeraar is dan afhankelijk van de solvabiliteit van zijn onderverzekeraars. Zie Richtlijn 2005/68/EG van 16 november 2005 betreffende herverzekering, Publ. L. 323 p. 1 en Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 40-43.

³¹ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 38

³² Art. 7:925 lid 2 BW, Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 38.

³³ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 452-453.

³⁴ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 459.

³⁵ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 459. Zie ook Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, 1^e dr., nr. 349 en 352.

³⁶ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 462, 464 en 482, zie HR 10 december 1976, NJ 1978, 114.

³⁷ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 460.

toepassing voorzover het gaat om een levensverzekering waarbij een lijfrente is bedongen.³⁸

Een derde vorm waarin de uitkering kan worden vastgesteld is door een koppeling aan fluctuerende waarden. Een voorbeeld is dat de uitkering is gekoppeld aan de waarde van aandelen of participaties in een beleggingsfonds: men spreekt over een ‘unit linked’ verzekering.³⁹ Een uitbreiding hiervan is de ‘universal life’ verzekering die toestaat dat de verzekeringnemer hangende de lopende verzekering de wijze van belegging kan aanpassen.⁴⁰ De wetgever beschouwde deze twee varianten kennelijk ook als verzekeringen.⁴¹ Dergelijke verzekeringen kan men aanduiden als *beleggingsverzekeringen* of beleggingspolissen. Strikter omschrijft de Nota van Wijziging een beleggingsverzekering als een verzekering waarbij de premies worden aangewend voor participaties in een beleggingsfonds, en waarbij de door de verzekeraar te zijner tijd verschuldigde uitkering afhankelijk is van het beleggingsresultaat van het beleggingsfonds.⁴²

Deze definitiekwestie leert ons echter nog niet zoveel over wat de beleggingsverzekering eigenlijk juridisch is. Hoewel duidelijk is dat het een verdere ontwikkeling is van de klassieke levensverzekering, lijkt zij sterk af te wijken van het normaaltypische beeld dat mensen van verzekeringen hebben. In de literatuur krijgen zij nochtans betrekkelijk weinig aandacht.⁴³ Zij zijn ontstaan als gevolg van de behoefte vanaf pakweg 1960 om te zorgen dat de levensverzekering ook bij significante inflatie voldoende waardevast bleef.⁴⁴ De traditionele verzekeringen met een gewoon spaarelement tegen vaste rente voldeden daar niet toe. Dit lijkt dan ook niet meer te zijn dan een gerechtvaardigde uitbreiding van de eerdere levensverzekeringen om tegemoet te komen aan de eisen van de markt.⁴⁵ Het verwerven van kapitaal door de verzekerde wordt beschouwd als een legitiem belang bij dit type verzekering,⁴⁶ hetgeen bevestigd doordat het fiscaal aantrekkelijk wordt behandeld.⁴⁷ Toch kan men zich afvragen of het zo eenvoudig ligt.

Bij een traditionele verzekering gaat het om de dekking van een onzeker voorval tegen betaling van premies. Het bedrijf bestaat eruit dat het risico wordt *overgenomen* van de verzekerde of verzekeringnemer. Economisch gezien bestaat het bedrijf uit twee elementen: een op statistiek gebaseerde rationele inschatting van de te verwachten uitkeringen, en de belegging van de premies om zeker te stellen dat aan de te verwachten uitkeringen zou kunnen worden voldaan. Het verschil tussen de werkelijke inkomsten en uitkeringen is de bruto winst voor de verzekeraar, die zijn kosten daarmee dekt. Hoe de verzekeraar zijn winst behaalt, en hoe hij belegt, gaat

³⁸ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 460, verwijzend naar MvT 1986, p. 64.

³⁹ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 460 en 484, ook NIBE-SVV (red.), *Schade- en levensverzekeringen*, 2^e dr., NIBE-SVV: Amsterdam 2004, p. 31.

⁴⁰ Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 460 en 484.

⁴¹ TK 1999–2000, 19 529, nr. 5, p. 50.

⁴² TK 1999–2000, 19 529, nr. 5, p. 51-52.

⁴³ Zie bv. de summiere vermelding bij W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, 2^e dr., Kluwer: Deventer 2007, p. 14 van de unit-linked verzekering.

⁴⁴ Hierover nader V.A.M. van der Burg, *Schade- en sommenverzekeringsrecht*, 2e dr., Kluwer: Deventer 1990, p. 245-246 (nr. 52).

⁴⁵ V.A.M. van der Burg, p. 245-246.

⁴⁶ V.A.M. van der Burg, p. 27.

⁴⁷ V.A.M. van der Burg, p. 18 (nr. 6).

niemand wat aan, behalve voorzover de beleggingen tekort schieten om de uitkeringen te kunnen voldoen: daar is het toezicht op de verkeraar op gericht. Bij de levensverzekering met een spaarelement ligt dit echter reeds genuanceerde. Voor het zuivere verzekeren van het risico van overlijden gelden de gewone uitgangspunten. Voorzover er een vastgestelde uitkering wordt gedaan indien het verzekerde 'lijf' nog in leven was op de vastgestelde datum, kan men die verplichting nog beschouwen als een toegezegd 'aandeel' van de verzekerde in het opgebouwde kapitaal ter dekking van het overlijdensrisico: dat kapitaal behoeft immers bij leven van het verzekerde 'lijf' niet te worden uitgekeerd en zou anders geheel toevallen aan de verzekeraar. De verzekeraar kan dat aandeel ook eenvoudig berekenen op gelijke wijze als met de zuivere levensverzekering in de zin van overlijdensrisicoverzekering: de premies worden slechts zodanig verhoogd dat het totale opgebouwde kapitaal aan het eind voldoende is om én de toegezegde kapitaaluitkering te doen én de alsdan gemaakte kosten plus winstonslag te dekken. Nog steeds betreft het dan een overname van een zeker risico van de verzekerde, zij het dat daarnaast de verzekerde iets meer verkrijgt dan alleen de afwenteling van een risico: hij verkrijgt ook een recht op opgebouwd kapitaal. Reeds dit element was voor de Hoge Raad aanleiding om voor een dergelijke levensverzekering een uitzondering te maken op de voor gewone verzekeringen geldende regels in zijn arrest van 10 december 1976, NJ 1978, 114 (Winterthur), overwegende "dat toepasselijkheid van art. 276 in geval van een zodanige overeenkomst niet alleen tot gevolg zou hebben dat de door de verzekeraar ter zake van het risico verschuldigde uitkering zou vervallen, doch bij gebreke van een wettelijke regeling, ook dat het uit hoofde van deze verzekering gespaarde aan de verzekeraar zou verblijven; dat deze uitkomst niet met de aard van een zodanige overeenkomst zou zijn te rijmen".

Bij een beleggingsverzekering in de unit-linked of universal life variant is dat evenwel anders. Afgezien van de overlijdensrisicoverzekering, die betrekkelijk accidenteel lijkt te zijn in veel van dergelijke overeenkomsten, worden er ofwel daadwerkelijke beleggingen gedaan ofwel wordt de waarde van de uitkeringen verbonden aan een bepaalde beleggingsgerelateerde index. Het gevolg hiervan is dat de verkeraar wat betreft de uiteindelijke uitkering geen risico loopt: hij hoeft slechts de waarde van de beleggingen uit te keren (of, wat financieel op hetzelfde uitkomt, een uitkering te doen van een waarde die in elk geval niet meer bedraagt dan de door de verzekeraar zelf gedane uitkeringen die volgens dezelfde index kunnen geschieden). Hoe worden dan de kosten van de verzekeraar goedgeemaakt? Antwoord: doordat een bedrag voor de kosten wordt ingehouden op de premies, waarna het restant wordt aangewend voor kapitaalopbouw.⁴⁸ Het beleggingsrisico is derhalve geheel voor de verzekeringnemer.⁴⁹ Daarnaast worden de kosten van de verzekeraar dus ingehouden op de premies en niet voldaan uit beleggingsinkomsten zelf, wat ongunstig is voor het rendement.

Verzekeringstechnisch blijkt de bijzondere plaats van beleggingsverzekeringen in de vraag hoe de uitkering wordt vastgesteld, anders gezegd: is de uitkering 'stellig' in de zin van art. 7:978 BW? De wetgever achtte dit voor twijfel vatbaar. De bedongen uitkeringen zijn immers geheel of gedeeltelijk

⁴⁸ NIBE-SVV (red.), Schade- en levensverzekeringen, 2e dr., NIBE-SVV: Amsterdam 2004, p. 30-33.

⁴⁹ Uitdrukkelijk NIBE-SVV (red.), Schade- en levensverzekeringen, 2e dr., NIBE-SVV: Amsterdam 2004, p. 32.

afhankelijk van een maatstaf die kan fluctueren.⁵⁰ De wetgever wenste echter aan te sluiten bij de door het Verbond van Verzekeraars gesignaleerde ontwikkeling in de praktijk naar unit-linked en universal life verzekeringen, en interpreteerde het vereiste van ‘stellige’ uitkering als betekendend dat niet de *hoogte* stellig vaststond maar slechts dat er zich stellig een verzekerd *risico* zal verwezenlijken.⁵¹

Dit betekent dat er geen uitkering is toegezegd als wel dat er gelden worden overgemaakt aan de verzekeraar met de toezegging dat op enig moment een bedrag zal worden betaald dat gerelateerd is aan resultaten van beleggingen. Niet alleen is de hoogte van de uitkering onzeker, maar bovendien is het gehele economische proces achter de overeenkomst fundamenteel gewijzigd ten opzichte van de levensverzekering. Het gaat bij dergelijke producten niet zozeer om een *spaarelement* als wel om *kapitaalsvorming* in brede zin (naast eventuele pensioenuitkeringen in de vorm van lijfrente). Er wordt niet zozeer gespaard (wat inhoudt dat er een vastgestelde verplichting is tot uitkering van een bepaald bedrag) als wel dat handelingen worden verricht die beogen tot kapitaalsopbouw te leiden zonder dat vaststaat of dat resultaat ook behaald zal worden. De beleggingsverzekering is derhalve een gemengd product, een combinatie van “het financiële product «verzekering» en het product «effecten»”.⁵² Of, zoals het in het stelsel van de Wft heet, een ‘complex product’.⁵³

5. Verzekering, samenloop, en kwalificatie

Mijn betoog tendeeft – het zal u niet zijn ontgaan – in de richting dat een beleggingsverzekering niet alleen maar een verzekering is. Een mogelijk bezwaar tegen dit betoog is dat partijen zelf het als een verzekering opvatten: zij spreken immers over een beleggingspolis, een beleggingsverzekering, de overeenkomst is ook afgesloten bij een verzekeraar. Waarom zou het dan niet een verzekeringsovereenkomst zijn?

Het antwoord hierop is dat het er in het overeenkomstenrecht niet om gaat hoe partijen zelf hun rechtsverhouding beschouwen, maar om wat deze werkelijk is. Daarbij kan van belang welke verplichtingen partijen zelf menen te hebben en hoe zij de overeenkomst aanduiden, maar dat is niet doorslaggevend. De Hoge Raad heeft dit in algemene zin uitgesproken in HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625 (Van Rooij/Van der Sluijs): het enkele feit dat een eisende partij de aan haar vordering ten grondslag gelegde rechtsverhouding onjuist heeft gekwalificeerd, ontslaat de rechter niet van zijn uit art. 48 Rv. voortvloeiende verplichting om ambtshalve en onafhankelijk van enige door die partij aangehangen rechtsbeschouwing te onderzoeken of de door deze tijdens het geding aan haar vorderingen ten grondslag gelegde feiten die vordering kunnen dragen. Om een voorbeeld te noemen: in het arbeidsovereenkomstenrecht is herhaaldelijk geprocedeerd over de vraag of een bepaalde overeenkomst nu een opdracht of een arbeidsovereenkomst was. De lijn is dat in dergelijke gevallen het wezen voor de schijn gaat.⁵⁴ Toegegeven, bij het arbeidsrecht is deze benadering

⁵⁰ TK 1999–2000, 19 529, nr. 5, p. 50.

⁵¹ TK 1999–2000, 19 529, nr. 5, p. 51, vgl. Asser/Clausing & Wansink, 5-VI, nr. 484.

⁵² TK 2003–2004, 29 507, nr. 3, p. 92 (Wet financiële dienstverlening).

⁵³ Art. 1 sub d Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 520).

⁵⁴ Asser/Heerma van Voss, nr. 26–27, verwijzend naar HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa/Schoolderman), HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers), en HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (Diosynth/Groot-van Veen).

mede ingegeven door de overweging dat de door de wetgever beoogde bescherming van de werkgever niet te snel omzeild moet kunnen worden. Maar zodanige bedoeling kan ook bij andere overeenkomsten aan de orde zijn. Dat relativeert de betekenis van wat partijen denken te doen.

Tegelijk is die bedoeling ook niet helemaal irrelevant. Er bestaat dan een andere mogelijkheid; misschien gaat het om een kwestie van samenloop van twee verschillende typen regelingen. Indien een overeenkomst trekken van verschillende typen overeenkomsten heeft, is het algemene uitgangspunt dat dan ook de verschillende regelingen die voor de verschillende onderdelen gelden naast elkaar van toepassing zijn. Art. 6:215 BW formuleert dit aldus:

“Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.”⁵⁵

Een voorbeeld hiervan hebben wij al gezien: de lijfrentepolis die zowel verzekering als lijfrente is, en waar dus twee verschillende titels van boek 7 op van toepassing zijn.

Nu is de vraag welke regelingen op de beleggingsverzekering van toepassing zijn. Het is al herhaaldelijk opgemerkt dat de beleggingsverzekering naast een risico-element andere elementen heeft: een spaar-element, een beleggings-element.⁵⁶ Afhankelijk van de precieze vormgeving gaat het dus om kapitaalopbouw, vermogensbeheer, effectentransacties. Een dergelijke rechtsverhouding valt op zichzelf onder de regeling van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW).⁵⁷

5. Verzekering als opdracht

Waarom al deze beschouwingen als het gaat om zorgplichten? Zorgplichten hangen sterk af van de aard van de overeenkomst. Zoals ik in het begin aangaf, zijn bij verzekeringen traditioneel nauwelijks zorgplichten aanvaard, met name geen directe zorgplichten. Daar is reden voor, gezien de bijzondere aard van de verzekeringsovereenkomst. Als verzekeringen echter zelf van aard veranderen en

⁵⁵ Zie nader A.G. Castermans en H.B. Krans, ‘Gemengde overeenkomsten’, NbBW 2003, p. 104-108. Zij wijzen er ook op dat deze bepaling in wezen een uitdrukking is van het beginsel van cumulatie voor samenloop.

⁵⁶ Vgl. evenzo Rb Leeuwarden 25 oktober 2006, LJN BF6588 (Achmea), ook Rb Utrecht 6 juni 2007, LJN BA6796 (Spaarbeleg Kas), rov. 5.23: er is een overeenkomst met diverse verbintenissen.

⁵⁷ Expliciet voor vermogensbeheer TK 1982-1983, 17 779, nr. 3, p. 3, Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, 5-III, nr. 78, 100, 132, R.H. Maatman, Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, diss. Nijmegen 2004, S.C.J.J. Kortmann en R.H. Maatman, ‘Uitbesteding door vermogensbeheerders’, Ondernemingsrecht 2005, p. 311-318. Voor beleggingsfondsen zie J.W. van der Velden, Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, diss. Nijmegen 2008, p. 282 e.v. (hij kwalificeert de verhouding met de beheerder als lastgeving, hetgeen een species van de opdracht is). Voor de commissionair in effecten zie L.D. van Setten, De commissionair in effecten, diss. Utrecht 1998. Voor effectenhandel S.B. van Baalen, Zorgplichten in de effectenhandel, diss. Groningen 2006, p. 24. Voor effectendienstverlening in het algemeen bv. C.M. Grundmann-van de Krol, Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht, intreedende Tilburg 2002, p. 13-14 en 33.

duidelijk afwijkende soorten verplichtingen en voorwaarden gaan inhouden, kan het gevolg zijn dat er zorgplichten ontstaan die verband houden met de afwijkende aard van de overeenkomst. In het bijzonder in gevallen van samenloop ligt het in de rede dat op de respectievelijke onderdelen van de overeenkomst de bijbehorende zorgplichten van toepassing zijn.

De essentie van een beleggingsverzekering is, zo hebben wij gezien, niet zozeer meer een verzekeringselement (dat relatief accidenteel is) als wel kapitaalsvorming of kapitaalsopbouw. Een daartoe strekkende overeenkomst strekt tot het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van de klant. Daarmee voldoet zij aan de essentialia van de overeenkomst van opdracht.⁵⁸ Hier kan geen twijfel over bestaan. De enige resterende vraag is: welke zorgplichten volgen dan uit de kwalificatie als zijnde een overeenkomst van opdracht?

In het algemeen rusten er op de opdrachtnemer krachtens art. 7:401 e.v. BW informatie- en waarschuwingsplichten, hij dient spontaan te waarschuwen voor risico's⁵⁹ en dient te grote risico's te vermijden. Hij dient instructies op te volgen (art. 7:402 BW) en dient rekening en verantwoording af te leggen (art. 7:403 BW). Er geldt de regeling inzake het loon van de opdrachtnemer (art. 7:405 BW, vgl. ook art. 7:411 BW bij het einde van de overeenkomst), en de regeling inzake opzegging (art. 7:408 BW, die dwingend is bij een particuliere opdrachtgever). Tot slot kunnen er verplichtingen zijn om belangentegenstellingen te vermijden (art. 7:416-418 BW, al dan niet bij wege van analogie toe te passen, vgl. ook art. 7:424 BW en art. 7:427 BW). Tekortschieten in genoemde verplichtingen leidt tot wanprestatie met bijbehorende schadeplichtigheid. Ik kom hier nog op terug.

Deze verplichtingen gelden echter niet in alle gevallen integraal. Ten eerste is het voor de meeste van deze verplichtingen mogelijk dat zij slechts in beperkte mate of zelfs niet van toepassing zijn bij bepaalde soorten opdracht. Zo zal een kapper bijvoorbeeld geen rekening en verantwoording hoeven af te leggen.⁶⁰ Het gaat er derhalve om welke verplichtingen in welke mate gelden voor de verzekeraar. Ten tweede is er de mogelijkheid dat de verplichtingen worden 'uitgeschakeld' indien zij niet passend zijn voor de concrete overeenkomst (art. 7:400 lid 2 BW). Deze bepaling dient evenwel mijns inziens beperkt te worden uitgelegd, juist omdat de verplichtingen van art. 7:401 e.v. BW zelf reeds voldoende variatie toelaten.⁶¹ Ten derde is het mogelijk dat een opdracht zelf zozeer is gefixeerd in de overeenkomst dat de opdrachtnemer voornamelijk gehouden is om de vastgelegde verplichtingen uit te voeren en niet ook nog allerlei onbepaalde zorgplichten heeft. In dat geval lijkt de opdracht op een vastgelegd 'product'. Voor dit laatste kan men bijvoorbeeld denken aan de overeenkomst met een kapper: de kapper hoeft zich er niet om te bekommeren of de belangen van de klant het beste gediend zijn met het gevraagde kapsel, hij zal slechts hoeven na te vragen op welke wijze de klant geknipt wenst te worden. Men kan ook denken aan de 'execution-only' opdracht aan een effectenmakelaar tot aankoop van zekere effecten voor een bepaalde maximum-prijs.

⁵⁸ Zij houdt in dat er werkzaamheden buiten arbeidsovereenkomst worden verricht jegens de opdrachtgever (art. 7:400 lid 1 BW), zonder dat zij onder een van de uitgesloten soorten overeenkomsten valt (aanneming van werk, vervoer e.d.).

⁵⁹ Bv. HR 15 november 1996, NJ 1997, 152 (Leutscher/Banco de Jerez) inzake valuta-transacties in strijd met Spaanse regelgeving, voorts HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (Dicky Trading II).

⁶⁰ Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, 5-III, nr. 63.

⁶¹ Enzo Van Setten, diss., p. 26.

Deze laatste interpretatie is aantrekkelijk: zij lijkt op de hierboven geschetste gangbare benadering van verzekeringsovereenkomsten. Een beleggingsverzekering wordt immers veelal verkocht als ‘product’ aan een grote groep klanten, die allen op dezelfde wijze worden behandeld. Het is bij zo’n collectief product niet passend dat de bepalingen van titel 7.7 BW onverkort worden toegepast; deze titel gaat immers uit van een relatief persoonlijke, op het individu gerichte opdracht, en niet van een aan het algemene publiek aangeboden gereed product dat op een ‘take it or leave it’ basis wordt aangeboden, en waarbij de klant geen recht heeft om het product nader vorm te geven door individuele instructies (als voor de gewone opdracht geldt ex art. 7:402 BW).⁶² Voorbeelden van zo’n product zijn de energieleveringsovereenkomst of de telecommunicatieovereenkomst met een telefoniebedrijf. Deze gedachtengang zou tot resultaat hebben dat voor dergelijke ‘producten’ toch weer kan worden aangesloten bij de gewone wijze waarop verzekeringen worden afgewikkeld: er wordt een compleet product aangeboden met hard te interpreteren contractsvoorwaarden waar niet van kan of mag worden afgeweken.⁶³

Tegen deze argumentatie zijn drie bezwaren aan te voeren. Als eerste is zij vooral toegesneden op overeenkomsten waarbij de klant toch een zeker ‘product’ *ontvangt*: telecommunicatie, energie. Er is daarbij geen belang ter behartiging in handen gegeven van, overgedragen aan, de opdrachtnemer. Weliswaar kan men afhankelijk zijn van energie en telefonie, maar indien de dienstverlener tekort schiet, dan kan men ook langs andere weg aan energie en telecommunicatieverbindingen komen. Bij een beleggingsverzekeringen is een zekere hoeveelheid kapitaal evenwel in handen van de verzekeraar gebracht ter verkrijging van rendement, en dat kapitaal kan niet tegelijk door een ander worden beheerd.⁶⁴ Nu zou men bij kapitaalopbouw ook kunnen verdedigen dat het slechts een overeenkomst is die inhoudt dat er zoveel mogelijk kapitaal moet worden opgebouwd. Dit is evenwel niet zo eenvoudig. Volgens een tegenwoordig gemeengoed geworden adagium staan de potentiële opbrengsten rechtstreeks in verband met de risico’s. Een hoge potentiële opbrengst (winstkans) betekent een hoog risico.⁶⁵ Er is geen algemeen aanvaarde standaard die aangeeft hoe het beste kapitaal kan worden opgebouwd of vermogen beheerd.⁶⁶ Om te

⁶² Vgl. voor een vergelijkbare gedachtengang J.W. van der Velden, diss., p. 289-291, 300-301, sprekend over een ‘collectiviteit’, zie nader en iets genuanceerder de later dit jaar te verschijnen bewerking van mijn hand van het Asser-deel over de opdracht (7-IV*).

⁶³ Vgl. het standpunt van de verzekeraar in Rb Rotterdam 8 maart 2006, LJN AV5281 (Erasmus). Zie ook Rb Zutphen 10 oktober 2007, NJF 2008, 11 (Achmea), waar een dergelijke benadering wordt gevolgd: omdat de contractsvoorwaarden duidelijk zouden maken wat voor product het is, zouden er geen zorgplichten meer resteren.

⁶⁴ Vgl. Van Baalen, diss., p. 114-115: het vermogen berust bij de ander zodat de klant erop moet kunnen vertrouwen dat met zijn belangen rekening wordt gehouden.

⁶⁵ Dit kan worden teruggevoerd op de economische theorie inzake efficiënte markten: de markt bepaalt de prijs van zekere investeringsinstrumenten, en als er een instrument is dat een hogere opbrengst zou opleveren tegen gelijk risico als een ander instrument, dan zou het renderender instrument meer gevraagd worden, daardoor duurder worden, en dus vervolgens een lagere opbrengst geven ten opzichte van de koopprijs, totdat het verschil met andere instrument is weggearbitreerd.

⁶⁶ Zodanige standaard, in de vorm van de gebruikelijke handelswijze in een branche, is wel aanwezig bij veel klassieke beroepsbeoefenaren, zoals artsen, advocaten, etc. Daardoor hoeven die niet voor al hun werkzaamheden overleg te voeren; nochtans

bepalen op welke wijze de kapitaalopbouw moet worden gegenereerd is het dus nodig om enig inzicht te hebben in de individuele positie van de klant. En dat betekent dat men er niet aan ontkomt te informeren aan wat de klant eigenlijk verlangt: het is nodig dat de opdrachtnemer zich verdiept in de belangen van zijn klant, hij kan er niet mee volstaan geheel volgens eigen inzicht te handelen. De opdracht houdt daadwerkelijk een individuele relatie met de klant in, wat verplicht tot de individuele zorgplichten van titel 7 van boek 7 BW. Men kan dit nog sterker stellen: de overeenkomst houdt in wezen in de behartiging van financiële belangen van de klant, immers hij heeft een zekere som geld overgedragen met de verplichting om met deze som een zo goed mogelijk rendement te behalen. Zodanige *belangenbehartiging* leidt in het algemeen tot strengere zorgplichten. Zelfs indien de belangenbehartiging enigszins is ingeperkt door de overeenkomst, zal de opdrachtnemer hierbij verplicht blijven tot een zekere directe zorg voor althans dit belang. Dit kan zich uiten in de verplichting te waarschuwen bij zekere risico's.⁶⁷

Een tweede bezwaar is gelegen in de maatschappelijke functie van de verzekeraar.⁶⁸ Men kan de vergelijking trekken met de bekende en beruchte bancaire zorgplichten die voor banken zijn aangenomen: ofschoon de banken stelden dat zij zich in wezen in een execution-only relatie bevonden met de klant, en derhalve slechts verplicht waren de order tot aankoop of verkoop van opties correct uit te voeren, heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar de maatschappelijke rol van banken⁶⁹ aangenomen dat een bank onder omstandigheden gehouden kan zijn een uitdrukkelijke instructie van de klant te weigeren.⁷⁰ Op de mogelijke parallel met deze zorgplichten is bijvoorbeeld gewezen door Wansink.⁷¹ Ten gunste van dergelijke zwaardere zorgplichten spreekt de – in de Nederlandse literatuur bij gelegenheid wel aangenomen – *uberrimae fides* die op de verzekeraar zou rusten.⁷² Bij verzekeraars speelt – althans in de publieke opinie – mee dat zij de naam hebben een *zekere*, vaste, 'gegarandeerde' uitkering te bieden. Het zou daarom, gelet op hun functie in het maatschappelijk verkeer, wellicht van hen verwacht kunnen worden dat zij hun klanten nadrukkelijk erop wijzen indien zij diensten aanbieden waarbij zodanige

ontkomen ook zij er niet aan om bij het bestaan van zekere risico's overleg te voeren. Zie bv. voor artsen de regels inzake informed consent (art. 7:448 en 450 BW).

⁶⁷ Zie het hiervoor genoemde arrest HR 15 november 1996, NJ 1997, 152 (Leutscher/Banco de Jerez), vgl. HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba) dat formeel overigens een geval van aanneming van werk betreft.

⁶⁸ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA) 2007, p. 186.

⁶⁹ Tjong Tjin Tai, p. 178, o.a. verwijzend naar HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabo/Everaars), rov. 3.3, al. 3.

⁷⁰ Met name HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Van Zuylen/Rabobank). Uitvoerig: S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, diss. Groningen 2006.

⁷¹ J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening', AV&S 2005, p. 117-131, op p. 122.

⁷² In deze zin J.M. Berger-Bos en R. Feunekes, zie verwijzingen in noot 7, waar is aangegeven dat hun interpretatie afwijkt van de gangbare opvatting van dit begrip, zie M.M. Mendel, in: *Verzekering en maatschappij*, red. Hartlief en Mendel, Kluwer: Deventer 2000, p. 45-55.

zekerheid afwezig is,⁷³ waar zij dus in wezen niet in hun hoedanigheid van verzekeraar handelen. Dat er zelfs ten aanzien van producten waarvan bekend is dat zij riskant zijn verplichtingen kunnen bestaan om over te gaan tot additionele informatie en waarschuwingen is tegenwoordig in de uitvoeringsregelgeving van de Wft verankerd, hetgeen ondersteunt dat dit ook of reeds volgt uit de ‘open’ zorgplicht van art. 7:401 BW. Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat dit vooral lijkt te gelden voor zeer riskante producten: in het bijzonder het feit dat er een restschuld kan achterblijven weegt zwaar mee.⁷⁴

Een derde bezwaar is gelegen in het feit dat de verzekering wellicht niet zo duidelijk gefixeerd is als het lijkt. Enerzijds opent een nadruk op de beleggingsverzekering als ‘product’ de mogelijkheid van een beroep op dwaling. Bij een gewone opdracht is dat meestal niet nodig omdat de opdracht invulling krijgt na het aangaan van de overeenkomst, door middel van informatie, waarschuwingen en instructies. Bij gewone verzekeringen is een beroep op dwaling niet interessant omdat het de verzekeringnemer meestal gaat om het recht op uitkering, dat bij vernietiging wegens dwaling zou vervallen. Bij een beleggingsverzekering kan een verzekeringnemer echter belang hebben bij vernietiging wanneer de resultaten negatief zijn, aangezien hij dan in ieder geval zijn oorspronkelijke inleg terugkrijgt. Men komt dergelijke acties dan ook tegen in de jurisprudentie.⁷⁵

Anderzijds is de vraag of de verzekering wel zo goed gefixeerd is als beoogd. In het kader van de opdracht beschouwd ligt het evenwel iets anders. Bij de opdracht is er geen algemene regel dat de contractsvoorwaarden volledig bepalend zijn voor de inhoud van de verplichtingen van de opdrachtnemer. Integendeel geven partijen zelf ook een invulling aan de overeenkomst. Bij de opdracht is niet alleen van belang wat is neergelegd, maar vooral ook hoe er is gesproken over wat er zal worden gedaan. Voor de bepaling van de inhoud van een beleggingsverzekering geldt daardoor hetzelfde. Het zal gaan om de gehele inhoud van de overeenkomst, waarbij ook andere elementen dan de algemene voorwaarden van belang kunnen zijn.⁷⁶ Daarbij kan van belang zijn op welke wijze het product is aangeboden.⁷⁷ Verder is relevant

⁷³ Vgl. art. 10 lid 1 en 29 Gedragsregels 1992 Advocatuur: de advocaat vermijdt misverstand over de hoedanigheid waarin hij optreedt.

⁷⁴ Zie de recente effectenlease-arresten HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822. Ook in de optiehandel-zaken was een restschuld aan de orde.

⁷⁵ Bv. Rb Rotterdam 8 maart 2006, LJN AV5281, Rb Amsterdam 10 oktober 2007, JOR 2007, 306, GEA 7 april 2008, JOR 2008, 233, HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822.

⁷⁶ Vgl. over relevante omstandigheden T.F.E. Tjong Tjin Tai, Bewijs van de (inhoud van de) overeenkomst, NJB 2008, p. 810-816.

⁷⁷ Vgl. art. 7:18 BW ten aanzien van consumentenkoop. Zie ook Barendrecht en Van den Akker, Informatieplichten van dienstverleners, Den Haag 1999, p. 83, die betogen dat het niet volstaat om informatie in dergelijke gevallen uitsluitend in moeilijk te begrijpen algemene voorwaarden neer te leggen. Voorts zij gewezen op art. 6:237 sub b BW, ingevolge welke bepaling vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn bedingen die de verplichtingen van de opdrachtnemer wezenlijk beperken ten opzichte van hetgeen de consument mocht verwachten. Vgl. ook HR 11 juli 2008, BD2410 inzake een tweedehands auto. In HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822 (Effectenlease) werd overigens de vordering tot dwaling afgewezen omdat de klant uit de algemene voorwaarden kon opmaken wat de inhoud van de overeenkomst was.

wat de klant verlangde: zocht hij zekerheid of rendement tegen risico?⁷⁸ Ook kan van belang zijn hoe de wederpartij (de verzekeraar) zich gepresenteerd heeft. Er zal toereikend moeten zijn gewezen op risico's, hetzij voorafgaand aan het aangaan van de overeenkomst (op straffe van beroep op dwaling), hetzij tijdens de uitvoering van de opdracht.⁷⁹ Nu wordt vaak gedacht dat de assurantietussenpersoon wel de informatie zal hebben verschaft over de aard van het product en de bijbehorende risico's, althans dat heeft moeten doen. Het is echter civielrechtelijk gezien onzeker of de verzekeraar zich geheel achter de tussenpersoon kan verschuilen. Men komt dan uit bij het leerstuk van toerekening van kennis van de tussenpersoon aan de klant, welk leerstuk tot op heden nog niet volledig is uitgekristalliseerd.⁸⁰ Zodanige toerekening zal met name problematisch zijn indien de tussenpersoon zelf een eigen belang had bij het totstandkomen van de verzekering als gevolg van eventuele provisie.⁸¹

Kortom: de beleggingsverzekering is in elk geval te kwalificeren als een opdracht, de vraag is alleen in hoeverre de zorgplichten van de opdracht in volle omvang gelden.⁸² Er wordt vaak gedacht dat het een relatief gefixeerde opdracht betreft waardoor men zich slechts – zoals bij een gewone verzekering – aan de algemene voorwaarden behoeft te houden. Dat is echter alleen het geval als er voor de klant geen misverstand heeft kunnen bestaan omtrent de aard van de aangegeven opdracht,⁸³ althans als de deskundigheid van een eventuele tussenpersoon over deze verzekeringen aan de klant kan worden toegerekend. Foldermateriaal, de aanduiding als zijnde een *verzekering* en dergelijke kan daarbij een rol spelen. Het probleem bij de beleggingsverzekering lijkt immers bij veel consumenten te zijn dat er vooraf een andere indruk werd gewekt over de inhoud van de overeenkomst dan achteraf het geval bleek te zijn. De consument dacht zagezegd in een taxi te stappen, doch het bleek in werkelijkheid een huurauto te zijn die hij zelf moest besturen, met alle gevolgen van dien.

Daarnaast is mogelijk dat de beleggingsverzekering een 'volle' opdracht is die strekt tot financiële belangenbehartiging c.q. advisering. Dan zijn de volle zorgplichten van toepassing die men bijvoorbeeld kent uit de bancaire jurisprudentie inzake optiehandel: dit kan leiden tot verplichtingen om instructies te weigeren. De

⁷⁸ Zie bv. in een iets andere rechtsverhouding Rb Amsterdam 13 juni 2007, JOR 2007, 205 (Van Driel/ABN AMRO).

⁷⁹ In de effectenlease-arresten HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822 werd de verplichting tot zodanige waarschuwing uit een bijzondere (precontractuele) zorgplicht die los stond van dwaling. Kennelijk werpt voor dergelijke rechtsverhoudingen de contractuele zorgplicht reeds een precontractuele schaduw vooruit.

⁸⁰ Zie laatstelijk HR 16 maart 2007, NJ 2007, 232 m.nt. Vranken (Laurus/Vomar),.

⁸¹ Zie J.H. Wansink, AV&S 2005, p. 117-131 en VA 2009, p. 3-27, wijzend op de bepalingen die bij bemiddelaars een tegenstrijdig belang verbieden (art. 7:417-418 juncto 427 BW).

⁸² Zie nader T.F.E. Tjong Tjin Tai en M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van verzekeraars bij beleggingsproducten', AV&S 2009/4, p. 163-172.

⁸³ Vgl. ook de jurisprudentie inzake optiehandel, waarbij overigens wel een rol speelde dat opties aanmerkelijk grotere risico's met zich brengen dan aandelen. In HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822 werd voor effectenlease wel toegestaan dat de voorwaarden van de overeenkomst bepalend waren voor de inhoud daarvan; een effectenlease is evenwel geen (zuivere) opdracht.

verzekeraar dient dan zijn volle deskundigheid in te zetten, te handelen als een redelijk deskundig en redelijk bekwaam financieel belangenbehartiger.⁸⁴ Er rusten op hem dan informatie- en waarschuwingsplichten, hij dient spontaan te waarschuwen op risico's en dient te grote risico's te vermijden. Hij kan dan bijvoorbeeld niet zomaar afzien van nadere advisering omtrent de keuze van een specifiek beleggingsfonds onder de beleggingsverzekering.

Dit alles geldt ook indien de belegging wordt ondergebracht bij een extern fonds: dan is er ten minste sprake van een bemiddelingsovereenkomst dan wel lastgeving (al dan niet gecombineerd met advisering) met bijbehorende zorgplichten.⁸⁵ Enerzijds zal dan nog steeds sprake zijn van een bepaalde toezegging van deskundigheid. Bovendien is in een dergelijk geval onduidelijk wat de basis is waarop na het sluiten van de overeenkomst kosten in rekening kunnen worden gebracht (vgl. art. 7:426 lid 1 BW).

6. Afsluitende opmerkingen

Het gevolg van de kwalificatie als opdracht is dat op de aanbieder van een beleggingsverzekeringen verdergaande zorgplichten komen te rusten dan tot nog toe onder ogen is gezien. De exacte omvang hiervan hangt af van allerlei omstandigheden; zo is nu eenmaal inherent aan de overeenkomst van opdracht. Nochtans is de regeling van de overeenkomst van opdracht het kader waarin dit fenomeen beoordeeld moet worden.

Men kan nochtans vraagtekens plaatsen bij deze analyse. De volgende inleider zal dit bijvoorbeeld doen. Op deze plaats wil ik slechts een paar relativerende en omgekeerd, verdedigende opmerkingen maken.

Als eerste wijs ik erop dat deze analyse past bij de lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad aangaande toenemende zorgplichten, ook in verhoudingen waar dit vroeger niet werd verwacht (bancaire zorgplichten!). Ook de bestuursrechtelijke invulling van zorgplichten in de Wft – wellicht aansluitend bij de bancaire zorgplichten uit de jurisprudentie – tendeert in dezelfde richting, tot informatie- en waarschuwingsplichten die passen bij een individuele relatie tot belangenbehartiging.⁸⁶

Dit leidt er dus toe dat het bij de beleggingsverzekering niet louter kan gaan om de contractsvoorwaarden die strikt worden uitgelegd, maar dat het gewone contractenrecht van toepassing is met allerlei ongeschreven nevenverplichtingen op basis van open normen als de redelijkheid en billijkheid. Dit is in zoverre gerechtvaardigd dat immers anders verzekeraars zich in een aanmerkelijk gunstiger positie zouden bevinden dan andere financiële dienstverleners die in wezen exact dezelfde dienst zouden aanbieden.

Men kan zich afvragen waarom, als beleggingsverzekeringen al sinds de jaren zeventig in Nederland worden aangeboden, er pas nu zoveel discussie over ontstaat. Hier kunnen verschillende redenen voor zijn. Wellicht dat in het verleden geen desastreuze resultaten werden behaald vanwege een voorzichtiger beleggingsbeleid. Daarnaast is het publieke wantrouwen aangewakkerd door de riskantere producten als beleggingshypotheek en effectenlease, waar mogelijk een restschuld uit voortvloeit.

⁸⁴ Aldus luidt de norm voor beroepsbeoefenaren, zie HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener) en latere jurisprudentie.

⁸⁵ Zie overigens nader over uitbesteding van vermogensbeheer Kortmann en Maatman, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 311 e.v.

⁸⁶ Zie verwijzingen in noot 1.

Dat een 'beleggingsverzekering' slechts een onderdeel van zo'n compleet product vormt, maakt voor de publieke beleving niet uit.

Strookt dit alles met de eigen kenmerken van het verzekeringsrecht?

Misschien niet. Mijn analyse gaat uit van algemene vermogensrechtelijke beginselen en een benadering vanuit het BW als geheel. Voor verzekeringsrechtsspecialisten klinkt dit alles misschien wat vreemd in de oren. Beleggingsverzekeringen zijn immers al sinds jaar en dag erkend als verzekeringen, zelfs door de wetgever gesanctioneerd? Daarop heb ik slechts te antwoorden dat het uiteindelijk niet de specialisten zijn die het definitieve oordeel geven over de kwalificatie van de beleggingsverzekering: het zijn de generalistische juristen die zitting hebben in de Hoge Raad.